

ELENA BUOSO

Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università degli Studi di Padova

elena.buoso@unipd.it

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE IN GERMANIA NELL'ERA DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE: PROCEDIMENTI COMPLETAMENTE AUTOMATIZZATI E DECISIONI AMMINISTRATIVE ROBOTICHE

PUBLIC ADMINISTRATION IN GERMANY IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: FULLY AUTOMATED PROCEDURE AND ROBOTIC ADMINISTRATIVE DECISIONS

SINTESI

L'amministrazione robotica completamente automatizzata ha fatto recente ingresso nella legge generale del procedimento amministrativo della Germania, con l'introduzione del § 35a *VwVfG* nell'ambito di una complessiva riforma dell'amministrazione digitale. La regola generale sul provvedimento amministrativo completamente automatizzato è stata introdotta con una certa cautela dal legislatore tedesco, che ne ha escluso l'applicazione in presenza di decisioni discrezionali o di margini di valutazione della P.A., tuttavia vi sono spazi interpretativi per una applicazione più ampia della disposizione. Com'è ormai noto, i molteplici vantaggi di una automazione totale celano anche insidie non solo per la tutela del cittadino ma anche per la stessa Amministrazione. Il procedimento diventa allora il luogo per realizzare una digitalizzazione compatibile con le garanzie dello Stato di diritto, confermando l'approccio funzionalistico e l'attenzione alle tutele che caratterizzano l'ordinamento tedesco.

ABSTRACT

Fully automated administration has recently entered the general law on administrative procedure in Germany with the introduction of § 35a *VwVfG* as part of a comprehensive reform of digital administration. The general rule on the fully automated administrative acts has been introduced with a certain caution by the German legislator, who has excluded its application in case of discretionary decisions, however, there is room for a broader application of the provision. As is now known, the many advantages of total automation also conceal dangers not only for the protection of the citizen but also for the Administration itself. The procedure then becomes the place to achieve a digitization compatible with the guarantees of the rule of law, confirming the functionalist approach and the attention to protection that characterize the German legal system.

PAROLE CHIAVE: digitalizzazione - provvedimenti automatizzati - algoritmi - procedimento - discrezionalità

KEYWORDS: digitalization - automated administrative acts - algorithms - procedure - discretionary power

INDICE: 1. L'amministrazione robotica: da ipotesi a realtà. – 2. L'introduzione del provvedimento amministrativo completamente automatizzato nella legge generale sul procedimento amministrativo: il § 35a *VwVfG*. – 3. La funzione del § 35a *VwVfG* tra intenzioni del legislatore e interpretazione della dottrina. – 4. (segue) Il § 35a *VwVfG* nella sistematica del diritto amministrativo tedesco del provvedimento: la scissione tra decisione amministrativa e volontà umana. – 5. I presupposti e i limiti di ammissibilità del provvedimento robotico: il rinvio alle norme speciali e di settore. – 6. (segue) Il divieto di provvedimenti robotici in presenza di discrezionalità o di margini di valutazione della pubblica Amministrazione. – 7. Provvedimenti completamente automatizzati, principi dell'istruttoria ed applicazione degli effetti giuridici: il tipo di programma informatico compatibile con il § 35a *VwVfG*. – 8. L'applicazione del § 35a *VwVfG* ai provvedimenti discrezionali. – 9. Il vizio derivante dalla violazione del § 35a *VwVfG*. – 10. Ipotesi di atti e provvedimenti totalmente automatizzati. – 11. Problemi: la trasparenza e il rispetto dei diritti fondamentali nei provvedimenti completamente automatizzati. – 12. Provvedimento automatizzato e garanzie procedurali. – 13. Effetti dell'amministrazione robotica sulla normazione. Riflessioni conclusive.

1. L'amministrazione robotica: da ipotesi a realtà.

Il procedimento amministrativo come momento di ordine dell'esercizio del potere¹ e come serie formalizzata di atti e comportamenti nella quale si coordina l'esercizio della funzione costituisce in astratto una sede ideale per l'automazione. Soprattutto la raccolta di dati ed elementi di fatto elaborati velocemente e in maniera uniforme paiono assicurare un'azione amministrativa improntata a criteri di razionalità ed obiettività in vista di una piena ed efficiente realizzazione dell'interesse pubblico.

È evidente come questa visione sia altamente idealizzata e semplificata e non consideri adeguatamente aspetti cruciali dell'agire amministrativo inerenti all'individuazione dell'interesse pubblico in concreto e alla ponderazione in sede decisoria, ma anche ai possibili effetti distorsivi della funzione amministrativa². Forse anche per questo motivo sono trascorsi quarant'anni tra l'emanazione nel 1976 della legge tedesca sul procedimento amministrativo

* Il presente scritto sviluppa e approfondisce E. BUOSO, *Fully Automated Administrative Acts in the German Legal System*, in *Erdal*, 1/2020, 113-122.

¹ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in M. Eifert, C. Möllers, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, III ed., vol II, § 27, in corso di stampa, ann. marg. 1 ss.

² M. MARTINI, *Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung*, in *DÖV*, 2017, 443 ss.; T. RADEMACHER, *Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?*, in *JZ*, 2019, 702 ss.

(*Verwaltungsverfahrensgesetz*, d'ora in poi *VwVfG*)³ e l'introduzione di una previsione sulle decisioni amministrative completamente automatizzate⁴.

Com'è noto, la Germania è stata tra i primi ordinamenti contemporanei a dotarsi di una codificazione generale del procedimento amministrativo⁵ e tra i primi a teorizzare la totale automazione della mano pubblica. Le prime opere che si soffermano diffusamente sullo Stato come macchina risalgono all'Ottocento⁶, ma l'idea dell'automa compare già nella filosofia politica e nella teoria dello Stato di Hobbes e dei Cameralisti⁷.

Ma è con lo sviluppo della tecnologia, ossia dagli anni Cinquanta del secolo scorso e con un aumento esponenziale negli anni Novanta, che l'automazione della pubblica Amministrazione è divenuta oggetto della discussione politica e scientifica in Germania come aspirazione concreta dell'ordinamento⁸.

³ *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 25 maggio 1976 in *BGBI* 1976, I, 1253 ss.

⁴ *Infra* nel prossimo paragrafo e nota 13.

⁵ V. anche l'antesignano *Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaco del 21 luglio 1925, su cui A. FERRARI ZUMBINI, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 90 ss.; e in Turingia la *Landesverwaltungsordnung* del 10 giugno 1926. Cfr. in proposito: G-C. VON UNRUH, *Kodifiziertes Verwaltungsrecht*, in *NVwZ*, 1988, 690 ss.; E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 5 ss.

⁶ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 1260.

⁷ V. T. HOBBS, *Il Leviatano*, trad. it. a cura di R. Giammanco, Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1955, 40, ove l'*«automata»* viene citato nelle prime righe dell'Introduzione, ma il concetto viene sviluppato anche in altri scritti dell'Autore, sui quali v. H. ROLLE, *Hobbes' Leviathan – der Staat als Maschine*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 28, 8 (1980), 934 ss.; D. FERNÁNDEZ PEYCHAUX, *El Leviatán como autómatas: método y política en Thomas Hobbes*, in *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 30, 2 (2013), 413 ss.; Z. BHORAT, *Automata in the Political Thought of Thomas Hobbes*, in *Paper of the Western Political Science Association*, 1/2019, in www.wpsanet.org. V., inoltre, H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991, 42 ss.; B. STOLLBERG-RILINGER, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats*, Berlin, Duncker&Humblot, 1986, 84 ss., ove si approfondisce il significato – per la filosofia politica e per quella del diritto – del passaggio dalla metafora dello Stato come organismo a quella dello Stato come macchina.

⁸ I contributi sul punto sono numerosi, v. ad es. K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Heidelberg, Müller, 1959, 18; H.P. BULL, *Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, II ed., Hamm, Grote, 1964, 67; S. SIMITIS, *Automation in der Rechtsordnung. Möglichkeiten und Grenzen*, Heidelberg, Müller, 1967, 23; M. VON BERG, *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, Köln-Berlin, Grote, 1968, 12; A. VON MUTIUS, *Zu den Formerfordernissen automatisierter Verwaltungsentscheidungen*, in *VewArch*, 67 (1976), 116; P. LAZARATOS, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, Berlin, Duncker&Humblot, 1990, 35; R.M. POLOMSKI, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, Berlin, Duncker&Humblot, 1993, 22; N. LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, II ed., Berlin, Duncker&Humblot, 1997, 76; G. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II ed., vol. 2, München, Beck, 2012, ann. marg. 16 ss., 416 ss.; A.B. KAISER, *Intelligente Verwaltungsmaschine – intelligente Maschinen in der Verwaltung: Die Diskussion über die Verwaltungsautomation in den 1950er und 1960er Jahren*, in P. Collin, C.G. Lutterbeck (a cura di), *Eine intelligente Maschine?*,

Il tema ha poi assunto nuovo slancio con l'avvento dell'intelligenza artificiale e delle possibilità di elaborazione autonoma dei processi decisionali che essa offre⁹ - per i richiamati vantaggi in termini di celerità e risparmio di risorse (anche personali), così come di neutralità e obiettività delle scelte¹⁰ - e da ultimo durante la crisi pandemica e i problemi legati alla repentina carenza di personale a fronte dell'aumentata quantità di lavoro¹¹.

2. L'introduzione del provvedimento amministrativo completamente automatizzato nella legge generale sul procedimento amministrativo: il § 35a VwVfG.

L'eventualità che il procedimento e la decisione amministrativa siano demandati a un programma informatico è stata disciplinata nel nuovo § 35a VwVfG, dedicato all'emanazione completamente automatizzata¹² di un provvedimento, introdotto dal *Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens* del 2016¹³.

Baden Baden, Nomos, 2009, 233; T. SIEGEL, *Der virtuelle Verwaltungsakt*, in *VerwArch*, 105 (2014), 241; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, in U. Saksofsky (a cura di), *Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2019, 290.

⁹ M. MARTINI, *Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung*, Speyer, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, 2016, 4; L. GUGGENBERGER, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2019, 844; A. VON GRAEVENITZ, *Zwei mal Zwei ist Grün – Mensch und KI im Vergleich*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2018, 238.

¹⁰ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, in *NVwZ*, 2016, 1277; M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, in *NVwZ – Extra*, n. 10, 2017, 1; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 307.

¹¹ M. MACIEJEWSKI, *To do more, better, faster and more cheaply: using big data in public administration*, in *International Review of Administrative Sciences*, 83, 2017, 120-135; G. CARULLO, *Digitalizzazione dei controlli ai tempi del coronavirus*, in *Ceridap*, 1, 2020, 7 ss.

¹² Sul significato di tale espressione, v. U. STELKENS, *sub § 35a*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, IX ed., München, Beck, 2018, ann. marg. 21.

¹³ Art. 20 del *Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens* del 18 luglio 2016, ma in vigore dal 1 gennaio 2017, in *BGB/2016*, I, 1679 ss. Con il medesimo atto il legislatore federale ha integrato il § 41 VwVfG, in materia di notifica degli atti amministrativi elettronici, introducendovi nel co. 2a la possibilità che essa avvenga tramite piattaforme *online* direttamente accessibili, previo consenso ed autenticazione del destinatario. La notifica si perfeziona il giorno successivo alla visualizzazione o al *download* dell'atto da parte dell'interessato. Su questa disposizione, v. H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1277 ss.; U. STELKENS, *sub § 41*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., ann. marg. 134 ss.; S. BAER, *sub § 41 VwVfG Bekanntgabe des Verwaltungsaktes*, in F. Schoch, J-P. Schneider (a cura di), *Verwaltungsrecht - VwVfG*, vol. III, München, Beck, 2020, ann. marg. 66 ss.

La novella legislativa si inserisce nell'ambito della riforma del procedimento tributario ed è dovuta al principio del parallelismo delle discipline procedimentali, che costituisce una peculiarità dell'ordinamento tedesco a livello federale. Detto parallelismo procedimentale riguarda i c.d. tre pilastri: tributario, delle prestazioni sociali e quello che si può definire del diritto amministrativo generale, concernente, in via residuale, il resto dei procedimenti amministrativi¹⁴. Tale principio prevede norme procedimentali omogenee in questi ambiti; pertanto alla disposizione che introduce nel Codice tributario il procedimento tributario completamente automatizzato (§ 155, co. 4, primo periodo, *Abgabenordnung* - AO) sono stati affiancati -alquanto frettolosamente secondo alcuni commentatori¹⁵- dei *pendant* in quello delle prestazioni sociali (§ 31a *Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz* - SGB X)¹⁶ e nella legge generale sul procedimento amministrativo.

L'Amministrazione tributaria si è trovata a fare da pioniera nel campo di atti amministrativi completamente automatizzati – assieme a diritto processuale civile con il decreto ingiuntivo robotico di cui al § 689, co. 1, *Zivilprozessordnung* (ZPO)¹⁷ – ma anche nel diritto amministrativo era già possibile individuare diverse ipotesi di provvedimenti parzialmente o anche totalmente automatizzati: oltre al classico esempio degli ordini emanati dal semaforo¹⁸, possono essere ricordati i limiti dinamici in funzione nelle autostrade tedesche elaborati in tempo reale dagli algoritmi dei

¹⁴ Su questi aspetti, in relazione all'introduzione del § 35a *VwVfG*, v. H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1273; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 353. V., inoltre, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Procedimento e procedimenti amministrativi pienamente digitalizzati: il caso tedesco*, in questa Rivista.

¹⁵ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 1261, critica questa genesi «poco coerente» che ha condotto a una notevole varietà nelle formulazioni e nei (teoricamente paralleli) procedimenti; nello stesso senso, ossia ritenendo «sorprendente» l'introduzione del § 35a *VwVfG* nell'ambito della riforma del diritto tributario, A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, in U. Saksofsky (a cura di), *Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2019, 263.

¹⁶ Su queste disposizioni in rapporto con il § 35a *VwVfG*, v. N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, in M. Seckelmann (a cura di), *Digitalisierte Verwaltung, Vernetztes E-Government*, II ed., Berlin, Schmidt, 2019, 313 e 317; E-W. LUTHE, *Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts nach § 31a SGB X*, in *Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht*, 2017, 250; U. STELKENS, *sub § 35a, cit.*, ann. marg. 5.

¹⁷ A. SCHÜLER, § 689 ZPO, in T. Rauscher, W. Krüger (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, VI ed., München, Beck, 2020, ann. marg. 4.

¹⁸ Come ricorda M. CURTER, *Erster Verkehrsturm am Potsdamer Platz*, in *Berlinische Monatsschrift*, vol. 10, 1999, 77, il primo semaforo a Berlino è stato installato a Potsdamer Platz nel 1924.

Virtual Traffic Guidance Centers (Virtueller Verkehrsbeeinflussungsanlage) e qualificabili come atti amministrativi a contenuto generale (*Allgemeinverfügungen*)¹⁹, ma anche alcune ipotesi di sanzioni per violazioni del codice della strada e di atti in materia di gestione del sistema idrico, edilizia e previdenza²⁰.

Ai sensi del § 35a *VwVfG* «un provvedimento amministrativo può essere emanato attraverso un procedimento interamente automatizzato quando ciò è previsto da una disposizione normativa e se non sussistono discrezionalità o margini di apprezzamento in capo alla pubblica Amministrazione agente»²¹.

La fattispecie deve essere distinta dall'atto amministrativo elettronico, già disciplinato dal § 37 *VwVfG*, riferito al semplice supporto elettronico dell'atto e nulla implicante sul procedimento per la sua emanazione²², e dalla comunicazione dell'atto in formato elettronico di cui al § 41, co. 2a, *VwVfG*²³, oltre che dai «provvedimenti emanati con l'aiuto dell'automazione», che la legge sul procedimento conosce già dalla sua versione originaria del 1976 al § 28, co. 2, n. 4; ancora diversi sono il § 37, co. 5 e il § 39, co. 2, n. 3²⁴, che prevedono l'automazione solo di singole fasi del

¹⁹ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, in *DVBf*, 2018, 1128 in part. p. 1130; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, *cit.*, 356. Altri esempi in U. STELKENS, *sub § 35a, cit.*, ann. marg. 22 – 23. Questi sistemi di controllo del traffico sono un esempio più coerente con l'art. 35a *VwVfG* di quanto non lo siano i risalenti semafori, perché come osserva N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, cit.*, 311, si basano su una elaborazione (istruttoria) in tempo reale dei dati sul traffico e delle condizioni atmosferiche, laddove il semaforo tradizionale scatta in genere secondo tempistiche prestabilite.

²⁰ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, cit.*, 1.

²¹ Ovvero «*Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht*». Le traduzioni, ove non diversamente indicato, sono di chi scrive.

²² U. STELKENS, *sub § 37*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz, cit.*, ann. marg. 64; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, cit.*, 321. A questa disposizione rinviano peraltro le finora poche decisioni in materia di ricorsi contro provvedimenti automatizzati, riferite all'automazione del procedimento di determinazione dei contributi in materia di frequenze radio-televisive e all'emanazione del relativo avviso. La violazione del § 35a *VwVfG* era stata invocata dai ricorrenti, ma le corti non ritengono la disposizione applicabile alla fattispecie, richiamando invece il § 37 *VwVfG* con funzione legittimante la (parziale) automazione, nelle more dell'approvazione della norma speciale richiesta dal § 35a *VwVfG*, ovvero del § 10a *Rundfunkbeitragsstaatsvertrag* del 15 dicembre 2010 (*GVBf*/2011, I, 258 ss.). Cfr. VG Frankfurt (Oder), 3. Kammer, sent. 9 settembre 2020 (VG 3 K 616/17); VGH Mannheim, 2. Senat, ord. 13 novembre 2020 (2 S 2134/20); VGH München, 7. Senat, ord. 26 gennaio 2021 (7 ZB 20.2029); VG Cottbus, 8. Kammer, sent. 11 marzo 2021 (8 K 1542/20).

²³ *Supra*, nota 13.

²⁴ U. STELKENS, *sub § 35a, cit.*, ann. marg. 19.

procedimento²⁵.

Il § 35a *VwVfG* riguarda solo i provvedimenti amministrativi come definiti dal § 35 *VwVfG*²⁶, ma viene considerato una «pietra miliare»²⁷ di una vera e propria «trasformazione digitale» della pubblica Amministrazione²⁸, che ai sensi del § 1 della legge sull'accesso digitale ai servizi (*Onlinezugangsgesetz – OZG*)²⁹ si estende a tutti i servizi amministrativi, quindi anche agli atti amministrativi non provvedimentali e alla amministrazione c.d. informale³⁰.

3. La funzione del § 35a *VwVfG* nelle intenzioni del legislatore e secondo l'interpretazione della dottrina.

Secondo la relazione accompagnatoria della commissione parlamentare che ha esaminato la novella legislativa, il § 35a *VwVfG* perseguiva tre scopi: chiarire la natura provvedimentale degli atti robotici ai sensi del § 35 *VwVfG* (*Klarstellungsfunktion*); limitare le ipotesi di totale automazione solo ai procedimenti idonei, lanciando un monito al legislatore stesso (*Begrenzungs- und Warnfunktion*); riservare al legislatore la scelta dei procedimenti automatizzabili (*Kompetenzzuweisungsfunktion*)³¹.

L'introduzione della norma nella legge generale sul procedimento è stata oggetto delle

²⁵ Sulle modifiche del *VwVfG* in adeguamento all'amministrazione elettronica, v. G. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, cit., ann. marg. 48, 437 ss.

²⁶ *Infra*, nota 40.

²⁷ N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 311.

²⁸ Così E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 79.

²⁹ Nell'ambito di un'ampia riforma della pubblica Amministrazione, come espresso da I. MERGEL, *Digitale Transformation als Reformvorhaben der deutschen öffentlichen Verwaltung*, in *Der moderne Staat*, 2019, n. 1, 162; C. FRAENKEL HAEBERLE, *Procedimento e procedimenti amministrativi pienamente digitalizzati: il caso tedesco*, cit., § II.1.2.

³⁰ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1263.

³¹ *Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zu Art. 20 Nr. 1*, Bundestag Drucksache 18/8434 del 11.05.2016. V. U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 1; A. WINDOFFER, *sub § 35a*, in T. Mann, C. Sennekamp, M. Uechtritz (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, II ed., Baden Baden, Nomos, 2019, ann. marg. 1.

critiche di chi ne censurava la modesta portata innovativa, essendo il provvedimento robotico già ammesso dall'ordinamento, e i possibili problemi interpretativi dovuti a una norma superflua³².

Tanto più che nel diritto amministrativo tedesco vige espressamente il principio generale della libertà della forma del procedimento (§ 10 *VwVfG*)³³, dal quale la dottrina deriva quello della libertà della forma del provvedimento, con i limiti della tipicità del potere ai sensi del § 35 *VwVfG*³⁴. Questo va inteso -come è noto- nell'ottica di un ordinamento che tradizionalmente preferisce un approccio funzionale a quello formale di tradizione francese e italiana³⁵; comune ad entrambi gli approcci è la necessità che i passaggi e i procedimenti che sono alla base delle decisioni amministrative siano registrati e tracciati in ogni momento e completamente ricostruibili (e dimostrabili) in maniera affidabile, come richiedono all'attività amministrativa i principi democratico e dello Stato di diritto³⁶.

Nonostante le ricordate ipotesi di provvedimenti amministrativi completamente automatizzati fossero già effettivamente presenti nell'ordinamento e ammesse dalla

³² M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 355. *Contra*, con toni di aspra critica, J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, cit., 1170.

³³ Il riferimento al § 10 *VwVfG* costituisce un ulteriore argomento a sostegno dell'ammissibilità del procedimento completamente automatizzato (e del relativo provvedimento) anche prima dell'introduzione del § 35a *VwVfG*: L. PRELL, *sub § 35a*, in J. Bader, M. Ronellenfitsch (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, XXXXVIII ed., München, Beck, 2020, ann. marg. 1. La connessione tra i due concetti è sottolineata da U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 4, il quale osserva che sistematicamente il § 35a *VwVfG* sarebbe stato più correttamente posizionato vicino al § 10 *VwVfG*.

³⁴ P. BADURA, *Die Form des Verwaltungsaktes, in Verwaltungsverfahren*, in W. Schmitt Glaeser (a cura di), *Verwaltungsverfahren*, Stuttgart et al., Boorberg, 1977, 205 spec. p. 206; E.J. EBERLE, *The West German Administrative Procedure Act: A Study In Administrative Decision Making*, in *Dickinson Journal Of International Law*, vol. 3, n. 1, 1984, 67 spec. p. 74; M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 2; U. STELKENS, *sub § 37*, cit., ann. marg. 47; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, cit., 1171.

³⁵ La dogmatica tedesca sottolinea la funzione servente del procedimento, che emerge con chiarezza nella disciplina sulla irrilevanza dei vizi procedimentali e che è stata via via accentuata dalla peculiare intensità del sindacato giurisdizionale dal 1949 in poi. Così E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 4.

³⁶ V. la relazione del gruppo di lavoro dei presidenti dei tribunali amministrativi superiori federali e dei Länder: *Anforderungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit an die Führung elektronischer Verwaltungsakten* del 18.2.2011, in *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, Web-Dok. 66/2011. V. U. BERLIT, *Aktuelle Rechtsprechung zu eGovernment und eJustice*, *ibid.*, Web-Dok. 176/2015, § 42; ID., *Elektronische Verwaltungsakte und verwaltungsgerichtliche Kontrolle*, in *NVwZ*, n. 4, 2015, 197.

giurisprudenza³⁷, la parte maggioritaria della dottrina ritiene che la nuova disposizione generale sia rilevante sia dal punto di vista della dogmatica del diritto amministrativo, sia da quello dei principi di scienza dell'Amministrazione³⁸.

4. (segue) Il § 35a VwVfG nella sistematica del diritto amministrativo tedesco del provvedimento: la scissione tra decisione amministrativa e volontà umana.

La dottrina prevalente ritiene che dal punto di vista sistematico il § 35a VwVfG abbia la funzione anzitutto di chiarire che il provvedimento amministrativo è ammissibile anche senza il concorso della volontà della persona funzionalmente legata all'organo decidente³⁹.

Il § 35 VwVfG, infatti, definisce il provvedimento amministrativo come «ogni ordine, decisione e altra misura autoritativa, che una Amministrazione emana per la definizione del caso concreto nell'ambito del diritto pubblico e che sia volta ad avere effetti immediati verso l'esterno»⁴⁰; secondo l'interpretazione tradizionale, la manifestazione di volontà è un elemento che caratterizza il concetto di provvedimento⁴¹.

Incidentalmente è interessante osservare che la medesima dottrina richiama come precedente il § 42a VwVfG sul silenzio sostitutivo di provvedimento autorizzativo (letteralmente autorizzazione fittizia – *Genehmigungsfiktion*), nel quale una scissione tra il concetto di

³⁷ Bundesverwaltungsgericht sent. 23.9.2010 – 3C 37/09 in *BVerwGE* 138, 21 spec. p. 26, sui sistemi virtuali di controllo del traffico.

³⁸ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1273; A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1260; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2018, 1170.

³⁹ H. SCHMITZ, L. PRELL, *op. ult. cit.*, 1275; A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, cit., 1170; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 28. Ritiene invece diverse le due ipotesi, individuando la volontà del programmatore come sostituto di quella del funzionario nel singolo procedimento; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 354. Per l'insignificanza invece del requisito della volontà in presenza dei presupposti legislativi, H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 303.

⁴⁰ «Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist».

⁴¹ U. STELKENS, *sub § 35*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., ann. marg. 69.

provvedimento e l'elemento volitivo umano nell'organo sarebbe già avvenuta⁴². Su questo punto è interessante sottolineare una differenza tra il concetto di silenzio-assenso nel diritto italiano⁴³, nel quale non è assente la volontà dell'organo⁴⁴, e l'omologo istituto tedesco. Tale differenza può contribuire a spiegare la cautela di questo ordinamento nel fare ricorso all'istituto del silenzio

⁴² H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1273; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 28; ID., *sub § 42a*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., ann. marg. 3.

⁴³ Peralto anche in Italia a questo schema ideale del silenzio sostitutivo di provvedimento si affiancano le letture che sottolineano l'intento sanzionatorio per la pubblica Amministrazione inerte. Su questi aspetti. V. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, 272; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985; ID., *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 2-3, parte II, 608 ss.; F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1992; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 66 ss.; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, 22 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità, ibid.*, n. 3, 1995, 393 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione: la rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996, 127 ss.; P.G. LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, III Agg., Milano, Giuffrè, 1999, 978 ss.; B.E. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, 1999, 179 ss.; G.B. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 899 ss.; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 411 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il tempo dell'azione amministrativa*, in F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 149 ss.; G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la DLA e il silenzio-assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, 1017 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, 100 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, 265 ss.; A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione, ibidem*, 2006, 2, 489 ss.; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in G. Scialoja (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, Bononia University Press, 2007, 73 ss.; W. GIULIETTI, *Art. 20. Silenzio assenso*, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, Neldiritto Editore, 2010, 485 ss.; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII Agg., Roma, Treccani, 2011, 1 ss.; M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss.; E. SCOTTI, *Silenzio-assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2015, 653 ss.; F. VOLPE, *L'annullamento del silenzio-assenso e della s.c.i.a. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Giustamm.it*, 2015, 1 ss.; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' designata dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 2016, 19, 2 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss.; M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 965 ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 329 ss.; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10, 21 ss.

⁴⁴ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, 184; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, 278. Criticamente, da ultimo, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 36 s. Diversa è, inoltre, nella dottrina italiana l'elaborazione della figura organica, come sottolinea S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Digitalisation and reforms of Public Administration in Italy*, in *IJPL*, 2016, 1, 159.

significativo.

La vicinanza concettuale tra le due disposizioni spinge gli autori a individuare i già previsti casi di silenzio assenso come ulteriori possibili casi di atti automatizzati (e viceversa)⁴⁵, ritenendo che medesime siano le valutazioni del legislatore quanto agli aspetti di teoria generale e legittimazione democratica dell'agire amministrativo e, in definitiva, di legittimità costituzionale⁴⁶. È interessante osservare come il silenzio significativo e i provvedimenti automatizzati siano avvicinati anche per la riduzione di elementi comunicativi e interazioni sociali che comportano nel procedimento amministrativo, che la dottrina individua in termini di perdita del contributo che essi apportano per legittimare e garantire l'accettazione del procedimento e del suo esito⁴⁷.

Sempre dal punto di vista sistematico, gli autori che sottolineano l'opportunità dell'introduzione del § 35a *VwVfG* ritengono che, in sua assenza, le disposizioni sul principio inquisitorio nel procedimento (§ 24 *VwVfG*) e sull'obbligo di motivazione degli atti (§ 39 *VwVfG*) ostacolerebbero il provvedimento completamente automatizzato come istituto generale, imponendo sempre l'intervento di una componente umana nel procedimento per l'emanazione di atti provvedimentali⁴⁸.

5. I presupposti e i limiti di ammissibilità del provvedimento robotico: il rinvio alle norme speciali e di settore.

Nel disporre l'ammissibilità del provvedimento amministrativo robotico il legislatore del 2016 ha contestualmente specificato il presupposto e alcuni limiti.

Anzitutto il § 35a *VwVfG* non è direttamente applicabile ma richiede una previsione speciale

⁴⁵ U. STELKENS, *sub § 42a, cit.*, ann. marg. 5a; ID., *sub § 35a cit.*, ann. marg. 24, 29 e 46. *Contra* A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *cit.*, 266.

⁴⁶ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, *cit.*, 14.

⁴⁷ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, *cit.*, ann. marg. 83.

⁴⁸ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, *cit.*, 1274.

che consenta il provvedimento robotico nel singolo settore e procedimento. L'effettiva realizzazione dell'istituto è quindi condizionata a una ulteriore specificazione normativa, secondo lo schema delle clausole generali di rinvio - che ad esempio era stato originariamente adottato nella legge italiana sul procedimento amministrativo, n. 241 del 18 agosto 1990, per gli accordi amministrativi (art. 11) – anziché quello della regola generale direttamente applicabile, salvo deroga nella norma speciale, che attualmente anche il legislatore italiano pare preferire. Quest'ultimo schema compare enunciato con valenza generale nel § 1 *VwVfG*, ai sensi del quale le sue norme si applicano in via generale alle amministrazioni federali e a quelle dei *Länder* che agiscano in applicazione del diritto federale (secondo la divisione delle attribuzioni amministrative prevista dall'art. 83 GG⁴⁹), laddove non diversamente disposto dalle singole leggi speciali. La struttura normativa del § 35a *VwVfG*, in deroga alla regola generale del § 1 *VwVfG*, accomuna ancora una volta la nuova disposizione e il § 42a *VwVfG*, istituti che -come si è visto- la dottrina tedesca avvicina anche dal punto di vista dogmatico.

È quindi necessario un intervento del legislatore di settore per individuare quali provvedimenti (e procedimenti) siano idonei a una totale automazione⁵⁰, sottraendo la scelta al solo esecutivo ed evitando una digitalizzazione a cascata incontrollata⁵¹. Tale ulteriore specificazione normativa è richiesta anche dal legislatore comunitario con l'art. 22 del Regolamento europeo generale sulla protezione dei dati EU 679/2016 (GDPR). Questo articolo, infatti, prevede il diritto dei soggetti a non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, quando essa sia suscettibile di produrre effetti nei loro confronti. Il divieto è derogabile dagli Stati membri (22b II b) predisponendo «*misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato*»⁵².

⁴⁹ F. KIRCHOF, *Art. 83 Grundgesetz*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz Kommentar*, LXXXIX ed, München, Beck, 2020, ann. marg. 128.

⁵⁰ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262.

⁵¹ O meglio «*a innaffiatoio*» (*Gießkannenprinzip*) secondo l'espressione di A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262. Di questo avviso sono anche H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1274.

⁵² Diffusamente M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitschutz*, cit., 3 ss; A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1264; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 60; L. PRELL, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 11a. In merito agli effetti del diritto europeo sulla digitalizzazione amministrativa v. anche D-U. GALETTA, *Digitalizzazione e*

Mentre stando alla relazione della commissione parlamentare il legislatore pare aver voluto riservare alla legge ordinaria questa funzione individuatrice⁵³, l'espressione usata (*Rechtsvorschrift*) non restringe il campo alla sola legge ordinaria, ma ammette la normazione secondaria. Alla pubblica Amministrazione, quindi, con regolamento federale, dei *Länder* o comunale⁵⁴, viene conferito un ampio spazio per individuare i provvedimenti idonei all'automazione, magari seguendo criteri di semplificazione legati all'organico o comunque a fattori che sfuggono alle garanzie della legislazione ordinaria⁵⁵.

6. (segue) Il divieto di provvedimenti robotici in presenza di discrezionalità o di margini di valutazione della pubblica Amministrazione.

Oltre a rinviare alla disciplina speciale per l'effettiva individuazione dei casi di applicazione della norma, il § 35a *VwVfG* contiene un limite legato al tipo di potere esercitato⁵⁶: il provvedimento interamente automatizzato è ammissibile solo in presenza di un potere non

diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT), in R. Cavallo Perin, Ead. (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, 107 ss.

⁵³ *Supra*, par. 3.

⁵⁴ Sulla cogenza del § 35a *VwVfG* per gli ordinamenti amministrativi dei *Länder* v. U. STELKENS, *sub § 35a, cit.*, ann. marg. 39. Sul quadro delle competenze generali in materia di *E-government* e digitalizzazione amministrativa, v. U. SCHLIESKY, *Der bundesrechtliche Rahmen und die Kooperationstatbestände*, in M. Seckelmann (a cura di), *Digitalisierte Verwaltung, Vernetztes E-Government, cit.*, 221; S.E. SCHULZ, *Der landesrechtliche Rahmen von E-Government, ibid.*, 243; A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG, cit.*, 1261, che sottolinea la varietà dei livelli di digitalizzazione dei singoli *Länder*.

⁵⁵ La dottrina è propensa ad escludere i regolamenti delle singole autorità amministrative: H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, cit.*, 1276; L. PRELL, *sub § 35a, cit.*, ann. marg. 11; o addirittura a richiedere una legge ordinaria H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, cit.*, 322. *Contra* M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG, cit.*, 355; U. STELKENS, *sub § 35a, cit.*, ann. marg. 30. In questo senso anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 36 ss.; v. inoltre R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2/2020, § 4; L. PREVITI, *La difficile regolazione delle decisioni amministrative algoritmiche: alla ricerca di un modello italiano*, in *Ius Publicum*, 29.4.2021, 17 ss. Di diverso avviso A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene, 1993, 53 ss.; A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2264.

⁵⁶ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, cit.*, 1274.

discrezionale o quando la pubblica Amministrazione non abbia margini di valutazione.⁵⁷ Quest'ultimo concetto per molti versi può essere avvicinato a quanto la dottrina italiana definisce discrezionalità tecnica⁵⁸, ma se ne discosta perché inteso dall'ordinamento tedesco come soggetto alla piena cognizione e ad un sindacato interno forte del giudice. Semplificando e con espressione approssimativa si potrebbe dire che tali ipotesi corrispondono al potere vincolato -ossia corrispondente all'assenza di discrezionalità in astratto (*Ermessen*) o in concreto (*Beurteilungsspielraum*)- significativamente però il legislatore non ha scelto tale formulazione, preferendo l'indicazione in negativo che, a una prima lettura, potrebbe sembrare inutilmente complessa. Si potrebbe infatti pensare che l'espressione «*emanazione di un provvedimento in assenza di discrezionalità e margine di valutazione*» (in tedesco «*weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht*») corrisponda sostanzialmente a «*emanazione di un provvedimento vincolato*» («*gebundene Entscheidung*») ossia letteralmente «*decisione legata/vincolata*»). Una riflessione più approfondita rivela invece come non si tratti di una preferenza del legislatore per la litote, bensì di una vera e propria differenza concettuale. L'insieme delle ipotesi nelle quali la pubblica Amministrazione agisce «*senza discrezionalità e margine di valutazione*» non è identico a quello delle ipotesi nelle quali essa esercita un potere attribuito all'origine quale vincolato, come meglio si dirà nel prosieguo⁵⁹.

È interessante notare i limiti di cui si discute siano in parte sovrapponibili agli orientamenti che in Italia, in mancanza di indicazioni normative, la giurisprudenza amministrativa sta sviluppando nel concetto di «regola algoritmica»⁶⁰.

⁵⁷ Sulla distinzione fra sindacato intrinseco ed estrinseco v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, 138 ss.

⁵⁸ Su questi concetti v. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Unbestimmte Rechtsbegriffe, technisches Ermessen und gerichtliche Nachprüfbarkeit – Eine rechtsvergleichende Analyse*, in *DÖV*, 2005, 808 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, 11 ss.; A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2001, III, c. 9.

⁵⁹ *Infra*, paragrafo 8.

⁶⁰ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881. Su questa giurisprudenza e sulle precedenti pronunce di primo grado, v. G. MANCOSU, *Les algorithmes publics déterministes au prisme du cas italien de la mobilité des enseignants*, in *Revue générale du droit*, 2018, 2 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Preordinazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., 5 ss.; A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019*, n. 2270, in *Riv. giur. eur.*, 2019, 2, 47 ss.; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *Medialaws*, 2019, 3; ID., *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *GDA*, 6/2020, 715 ss.; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a*

La dottrina tedesca si interroga diffusamente sull'origine e sulla *ratio* e di questo limite.

Secondo alcuni il criterio determinante sarebbe l'attuale stadio di sviluppo della tecnica informatica, in particolare degli algoritmi deterministici rispetto all'intelligenza artificiale in senso stretto⁶¹ e la connessa possibilità di tradurre le norme e i criteri decisionali della pubblica Amministrazione in linguaggio informatico come istruzioni deterministiche⁶². Solo gli algoritmi deterministici corrispondono oggi alle norme e ai criteri decisionali della pubblica Amministrazione e ne consentono una traduzione in linguaggio informatico⁶³. Le istruzioni deterministiche garantiscono la tracciabilità dei passaggi decisionali e la prevedibilità del provvedimento⁶⁴; esigenze che invece oggi l'intelligenza artificiale non soddisfa.

Un'altra parte degli studiosi sembra invece avere individuato la ragione della prescrizione nell'esclusione dalla totale automazione di quei provvedimenti che non sono soggetti a un sindacato pieno del giudice amministrativo, quali appunto quelli caratterizzati da discrezionalità amministrativa e tecnica⁶⁵. Secondo questa lettura, pertanto, la previsione del § 35a *VwVfG* vuole che il provvedimento robotico sia totalmente sindacabile, in modo da assicurare in sede processuale

marginale di un recente dibattito giurisprudenziale, in *Dir. amm.*, n. 4, 2019, 773 ss.; I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, 4, 86 ss.; E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. un'analisi a partire da due pronunce del Tar Lazio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, 4, 979 ss.; V. CANALINI, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *GDA*, 2019, 781 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 273 ss.; E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Dir. inf.*, 2020, 2, 169 ss.; D-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2020, 3, 501 ss.; P.S. MAGLIONE, *La Pubblica Amministrazione "al varco" dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedurali in una prospettiva human oriented*, in *Amministrazione In Cammino*, 26.5.2020, 1 ss.; L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Medialaws*, 1/2020, 18 ss.; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, *ibid.*, 2/2020, 1 ss.; M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 66, 101 (1/2020), 753 ss. in part. 764 ss.;

⁶¹ L'espressione è riferita a quel genere di algoritmi che imitano alcune capacità cognitive della mente umana, in particolare quelle di apprendimento e di (autonomo) *problem solving*: cfr. S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, III ed., Upper Saddle River, Prentice Hall, 2009, 2.

⁶² A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *cit.*, 265.

⁶³ Per un esempio di traduzione algebrica di norme sull'esercizio del potere, v. F. VOLPE, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁶⁴ Esigenze peraltro che sussistono in generale nei confronti di tutto l'agire amministrativo come dimostra, in relazione al caso italiano, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1998, 68; A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, 96.

⁶⁵ O meglio, secondo la terminologia tedesca, da un margine di autonoma valutazione dell'Amministrazione. Si vedano H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, *cit.*, 1276; M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, *cit.*, 6, nonché *infra* nel testo.

uno spazio di garanzia soggetta a un controllo umano.

La differenza di prospettiva è notevole, perché solo in questa seconda interpretazione il progresso tecnico troverebbe il suo limite in una norma di garanzia; mentre la prima lettura non esclude che il legislatore si adegui allo sviluppo dell'intelligenza artificiale, aprendole via via sempre più spazi nell'agire amministrativo.

La pienezza del sindacato non viene però espressamente indicata dal legislatore come un criterio scriminante, nemmeno nella relazione parlamentare, ed essa d'altronde non costituisce un criterio distintivo univoco nel caso di una terza categoria di ipotesi, che la dogmatica tedesca riconduce al potere vincolato: l'applicazione di concetti giuridici indeterminati da parte della pubblica Amministrazione agente (*unbestimmte Rechtsbegriffe*). La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che gli atti emanati in applicazione di concetti giuridici indeterminati siano di regola soggetti ad un sindacato giurisdizionale pieno, pari a quello di cui il giudice dispone nei confronti dei provvedimenti vincolati; il giudice in questi casi può completamente sovrapporre la propria valutazione del fatto e interpretazione del concetto giuridico indeterminato a quella della pubblica Amministrazione⁶⁶. All'interno di questa categoria, però, sono state individuate alcune ipotesi nelle quali alla pubblica Amministrazione viene riconosciuto un margine di valutazione (eccezionalmente) intangibile al giudice⁶⁷: il c.d. spazio di valutazione (*Beurteilungsspielraum*) cui rinvia espressamente il legislatore nel § 35a *VwVfG*.

Applicando il criterio del tipo di sindacato giurisdizionale, allora, le ipotesi di fattispecie normativa che contiene un concetto giuridico indeterminato dovrebbero essere casi in cui è ammissibile l'atto robotico, salvo per la ora ricordata categoria del *Beurteilungsspielraum*, che si sottrae al pieno sindacato del giudice: in questo caso la *ratio* cautelativa della norma induce la dottrina ad escludere l'applicabilità del § 35a *VwVfG*⁶⁸.

⁶⁶ U. STELKENS, *sub § 35a, cit.*, ann. marg. 44.

⁶⁷ Queste ipotesi (eccezionalmente) insindacabili sono: le decisioni in materia di giudizi di esame e di concorsi; le valutazioni interne previste dalla disciplina del pubblico impiego; alcune valutazioni di commissioni di esperti o portatori di interessi di categoria; valutazioni prognostiche e precauzionali nel settore ambientale e sanitario; decisioni in applicazione di direttive e atti di alta amministrazione. Su queste categorie, v. O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *JuristenZeitung*, 1955, 97 ss.; H. MAURER, C. WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2017, 162 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁸ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, *cit.*, 1263, auspicando che il legislatore chiarisca questo punto; H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government*.

Come si è osservato all'inizio del paragrafo, il legislatore ha scelto di esplicitare questo limite in negativo mentre sarebbe apparentemente stato più semplice individuare le ipotesi di provvedimento automatizzato in positivo, formulando l'ipotesi in termini di potere vincolato. Ma la dottrina osserva come non sia corretto ritenere che tutti i procedimenti vincolati siano automaticamente automatizzabili (si pensi ad esempio a quelli che richiedono una istruttoria su fatti particolarmente complessi): ragion per cui la norma rinvia ad un'apposita previsione normativa speciale per la sua applicazione. Secondo questa lettura, pertanto, la disciplina speciale non potrebbe creare categorie generali di atti e procedimenti in base al potere esercitato, ma valutare le singole ipotesi, per soddisfare anche sotto questo aspetto l'art 22 GDPR⁶⁹.

7. Provvedimenti completamente automatizzati, principi dell'istruttoria ed applicazione degli effetti giuridici: il tipo di programma informatico compatibile con il § 35a VwVfG.

Per individuare i provvedimenti automatizzabili è opportuno distinguere il momento dell'istruttoria del fatto (*Sachermittlung*) da quello di applicazione degli effetti della norma (*Rechtsanwendung*) ai fini della sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta⁷⁰.

Per quanto riguarda le indagini e la valutazione del fatto, l'automazione totale del provvedimento potrebbe incidere sull'istruttoria rischiando di impoverirla. Per questo la previsione del § 35a VwVfG viene completata dal nuovo disposto di cui al § 24, co. 1, III periodo, VwVfG⁷¹. L'efficienza e la celerità del procedimento, offerte dal provvedimento automatizzato, trovano un limite nel principio inquisitorio che pervade l'istruttoria ed è garantito da quest'ultima disposizione, ove si prevede che nel caso di totale automazione sia sempre consentito un momento valutativo o

Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, cit., 1276; M. MARTINI, D. NINK, *Subsumptionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 6.

⁶⁹ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 266; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 304.

⁷⁰ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262.

⁷¹ Sulla connessione tra le due norme A. BERGER, *op. ult. cit.*, 1263; A. WINDOFFER, § 35a VwVfG cit., ann. marg. 5.

istruttorio umano «se il caso di specie lo richiede o se ciò emerge dalle allegazioni degli interessati»⁷².

Ciò implica anzitutto che anche le norme speciali dovrebbero prevedere l'eventualità di questo elemento valutativo umano e in secondo luogo che il programma informatico utilizzato lo debba consentire dal punto di vista tecnico, prevedendo ad esempio nella maschera iniziale di inserimento dei dati da parte dell'istante la possibilità di inserire informazioni in campi liberi e quella del funzionario di intervenire in ogni momento: si tratta quindi di una indicazione sui requisiti tecnici del programma di automazione⁷³. Tale requisito per così dire tecnico limita ulteriormente le ipotesi di totale automazione nel diritto tedesco⁷⁴.

Quanto al secondo momento, relativo all'applicazione degli effetti previsti dalla legge, si può osservare come la totale automazione si inserisca in una immanente tendenza dell'ordinamento - connessa ad esigenze di semplificazione, ma anche alla realizzazione del principio di uguaglianza e non discriminazione⁷⁵ - verso norme sempre più dettagliate nell'indicazione dei presupposti che applicano lo schema norma-fatto-effetto, senza necessitare quindi dell'intermediazione del potere per l'applicazione al caso concreto. È lo sviluppo che in Italia notoriamente ha portato all'espansione delle ipotesi di DIA prima e di SCIA di cui all'art. 19 l. n. 241/1990, che infatti come il § 35a *VwVfG* non si applicano agli atti discrezionali, in una tendenza standardizzante che accanto agli aspetti positivi conta diversi aspetti negativi⁷⁶.

Tra questi può essere annoverato il trasferimento di (buona) parte dell'attività istruttorio in capo a soggetti esterni alla pubblica Amministrazione⁷⁷. L'automazione totale del procedimento

⁷² «Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden». A questa disposizione corrispondono il § 150, co. 7, *AO* e il § 31a *SGB X*. Su questo punto diffusamente v. H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1277; M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 3 e 8.

⁷³ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1263; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 41.

⁷⁴ Sui limiti tecnici alla totale automazione del procedimento amministrativo e i possibili sviluppi futuri, v. A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 235 ss. spec. p. 244.

⁷⁵ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262.

⁷⁶ G. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, cit., ann. marg. 60 ss., 445 ss.; A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 100, 3 (2019), 87 ss. spec. p. 99.

⁷⁷ In proposito, ampliando la riflessione a tutto il procedimento amministrativo, v. E. SCHMIDT-ABMANN, A.-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 71, i quali evidenziano

comporta cioè l'anticipazione di alcuni adempimenti alla fase precedente l'inizio stesso del procedimento, gravando sul soggetto privato, e aumentando la scissione temporale tra il momento in cui si instaura il rapporto amministrativo⁷⁸ e quello procedimentale in senso stretto⁷⁹.

Tale schema applicativo degli effetti giuridici, inoltre, comporta che i programmi utilizzabili debbano contenere solo algoritmi deterministici, escludendo l'intelligenza artificiale e le sue *black box decisions*⁸⁰, anche perché allo stato attuale il ricorso all'AI in relazione al momento squisitamente decisionario non soddisferebbe i requisiti di legittimazione democratica e di rispetto dello Stato di diritto imposti all'Amministrazione in Germania⁸¹.

Dal principio democratico e dallo Stato di diritto la giurisprudenza deriva la necessità che i passaggi alla base delle decisioni amministrative siano registrati e tracciati, in modo da essere

la differenza tra lo sviluppo di sistemi informatici complessi da parte di privati e la esternalizzazione di servizi pubblici, perché lo Stato nel primo caso acquisisce servizi che non ha mai fornito o non è mai stato in grado di fornire e manca quindi della conoscenza necessaria per una supervisione efficace e, se necessario, per l'adempimento della propria funzione suppletiva. Similmente, a proposito di uno slittamento dei rapporti di forza tra Stato e società in base alla disponibilità di dati e alla loro gestione da parte di algoritmi, T. BARCZAK, *Algorithmus als Arkanum*, in *DÖV*, 2020, 1001; interessanti anche le riflessioni e gli ampi riferimenti bibliografici di T. WISCHMEYER, *Regulierung intelligenter Systeme*, in *AöR*, vol. 143 (2018), 1 ss. in part. 20 s. Sulla nozione di servizio pubblico v. G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933, 172 ss.; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVIII; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, 3 ss.; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, 39 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, 65 ss.; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003, 147 ss.; G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, 74 ss.

⁷⁸ F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 33; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 664 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 566 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, 130 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2017, 1245 ss.; R. GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in *Ildirittoamministrativo.it*, 2020, 9.

⁷⁹ H. SCHMITZ, *sub § 9*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz, cit.*, ann. marg. 16; ID., L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, cit.*, 1275. L'autore sottolinea come nella sequenza che conduce al provvedimento automatizzato (accesso al portale, scelta del provvedimento, controllo di identità del richiedente, inserimento dei dati, controllo dei dati nelle banche dati, segnalazione di dati mancanti o implausibili, eventuale calcolo delle spese, conferma e invio dell'istanza, elaborazione algoritmica, rilascio del provvedimento) solo con l'invio dell'istanza inizi il procedimento.

⁸⁰ Cfr. P. FORTE, *Diritto amministrativo e Data Science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in questa *Rivista*, 2020, 259 ss.

⁸¹ Allo stato attuale della tecnica come sottolineano A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *cit.*, 278; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, cit.*, 319. V. però le proposte di M. MARTINI, *Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, Heidelberg, Springer, 2019; L. GUGGENBERGER, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung, cit.*, 846.

ricostruibili in maniera affidabile⁸². Ciò comporta che il programma informatico utilizzato debba essere concepito in modo da consentire che siano esplicitabili (e sindacabili) tutti i passaggi che conducono alla decisione del provvedimento⁸³.

8. L'applicazione del § 35a VwVfG ai provvedimenti discrezionali.

La mancata indicazione nel § 35a VwVfG dei soli atti vincolati e la formulazione in negativo della mancanza di discrezionalità spingono a chiedersi se questo limite debba essere considerato in relazione al tipo di potere in astratto, quanto cioè il potere sia previsto dalla legge come tale, o se rilevante sia il momento del suo esercizio, quando ad esempio in forza di autolimiti o di altri atti amministrativi precedenti il potere non lasci margine discrezionale all'organo che decide nel caso concreto⁸⁴.

Se questa seconda ipotesi fosse corretta, ritornerebbe alla stessa pubblica Amministrazione un margine di autonomia nel determinare quando ci si trovi in una di queste ipotesi di assenza di discrezionalità pur in presenza di un potere astrattamente discrezionale.

La dottrina che propende per quest'ultima lettura ritiene che possano essere completamente automatizzati anche provvedimenti altamente discrezionali, come ad esempio quelli di secondo grado, quando nel caso concreto la discrezionalità sia ridotta a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*)⁸⁵. E questa interpretazione parrebbe trovare conferma nella natura astrattamente discrezionale del potere ordinario esercitato dai programmi di gestione del traffico autostradale sulla base di

⁸² *Supra*, nota 36.

⁸³ Per una totale tracciabilità: H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1277. Nel senso che devono esserlo solo quelli principali, invece, M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitschutz*, cit., 11.

⁸⁴ M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 357; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 305. Sul tema degli autolimiti v. P.M. VIPIANA, *L'autolimiti della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990, 55 ss.

⁸⁵ In questo senso H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1276; M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 1128. *Contra* M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 357.

algoritmi⁸⁶.

9. Il vizio derivante dalla violazione del § 35a VwVfG.

È infine inevitabile chiedersi quali conseguenze avrebbe l'emanazione di un provvedimento automatizzato da parte della pubblica Amministrazione in violazione del § 35a VwVfG.

Una prima ipotesi di violazione potrebbe consistere nella sua emanazione in assenza della base normativa speciale richiesta dal §35a VwVfG.

In mancanza di giurisprudenza, per ora, gli autori ritengono che esso sarebbe illegittimo ma non nullo, a meno che non si riscontrasse in aggiunta una delle ipotesi di nullità di cui al § 44 VwVfG⁸⁷. Se invece il vizio consistesse solo nella mancanza della base legislativa speciale si avrebbe una illegittimità per violazione di norme sul procedimento, quale è il § 35a VwVfG che prevede i presupposti e i limiti per la legittimità della modalità completamente automatizzata (riserva di legge e mancanza di discrezionalità) ma nulla dice sul contenuto del provvedimento⁸⁸.

La violazione delle norme procedurali rende irrilevante, ai sensi del § 46 VwVfG, il vizio del provvedimento, quando sia evidente che esso non ha avuto influsso sulla decisione⁸⁹ non conduce pertanto ad annullamento.

Il principio dell'irrelevanza dei vizi procedurali (*Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern*) inibisce anche la sanatoria, e infatti questa ipotesi non compare nell'elenco delle ipotesi sanabili di cui al § 45 VwVfG; d'altro canto la sanatoria in questo caso richiederebbe un nuovo svolgimento del procedimento da parte o con l'apporto di un funzionario, ossia -in definitiva- significherebbe

⁸⁶ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 1130.

⁸⁷ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1276; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 56.

⁸⁸ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 6.

⁸⁹ V. M. MARTINI, D. NINK, *op. ult. cit.*, 6; G. NOLTE, *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*, in *The Modern Law Review*, vol. 57, 1994, 191 ss. e in part. p. 197.

l'emanazione di un nuovo provvedimento⁹⁰.

Diversa sembrerebbe l'ipotesi di un provvedimento completamente automatizzato emanata in assenza di previsione speciale nell'esercizio di un potere discrezionale: in questo caso la dottrina rinviene una ipotesi di nullità ai sensi del § 44, co. 1, *VwVfG*⁹¹, dove sono previste ipotesi residuali del vizio particolarmente grave ed evidente.

A questo proposito è però rilevante la dottrina tedesca dell'atto apparente, che riconduce anche all'atto amministrativo nullo, ma non riconoscibile come tale, la produzione degli effetti favorevoli nei confronti del destinatario⁹².

Resta ovviamente possibile che il legislatore speciale si discosti dal § 35a *VwVfG*, derogando alla previsione della legge generale, senza che questo costituisca una ipotesi di illegittimità. Tale contrasto andrebbe risolto secondo le usuali regole sulle antinomie normative, essendo la legge generale sul procedimento amministrativo una legge ordinaria cui tutt'al più la dottrina conferisce una funzione di monito e di richiamo al principio dello Stato di diritto⁹³.

10. Ipotesi di atti e provvedimenti totalmente automatizzati.

In attesa di ulteriori precisazioni normative, la dottrina ha indicato alcune categorie di atti senz'altro esclusi da una decisione robotica⁹⁴, che sono in particolare non solo quelli che richiedono un bilanciamento puramente discrezionale degli interessi (primi fra tutti gli atti di pianificazione e quelli soggetti al principio di proporzionalità⁹⁵), ma anche quelli relativi a una complessa istruttoria

⁹⁰ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 7.

⁹¹ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1276.

⁹² F. VON ALEMANN, F. SCHEFFCZYK, *sub § 35*, in J. Bader, M. Ronellenfitsch (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, XXXXVIII ed., München, Beck, 2020, ann. marg. 42; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 356.

⁹³ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1276; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht* cit., 1171; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 38.

⁹⁴ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1263-1264.

⁹⁵ U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 42 - 43.

del fatto⁹⁶ o comprendente variabili che difficilmente possono tradursi in un valore numerico univoco (come ad esempio i servizi di consulenza o le scelte organizzative legate al funzionamento delle strutture, il controllo di requisiti igienico-sanitari e la concessione di onorificenze).

Inoltre possono essere motivi di esclusione alcune modalità di svolgimento dell'istruttoria, quando ad esempio sia richiesta la partecipazione di terzi o l'acquisizione di pareri di altre amministrazioni⁹⁷.

Vengono invece indicati come suscettibili di totale automazione⁹⁸:

- il permesso di costruire nei casi più semplici;
- le dispense da determinati obblighi nel procedimento di permesso di costruire in presenza di dettagliati presupposti indicati dalle norme (secondo uno schema che, sebbene concettualmente diverso, corrisponde alle ipotesi normate in Italia con SCIA);
- i provvedimenti attributivi di vantaggi economici (ad es. il *Kindergeld*⁹⁹) o al contrario di sanzioni pecuniarie basati su calcoli semplici, come alcune ipotesi di violazione del codice della strada;
- i certificati e documenti di identità¹⁰⁰;
- i provvedimenti emanati nell'ambito di procedimenti di massa, nei quali sono ridotte le esigenze procedurali, legate ad esempio alla partecipazione, come nel caso dei procedimenti tributari o del rilascio delle autorizzazioni per l'accesso alle zone a traffico limitato e per il

⁹⁶ In questa categoria potrebbero rientrare provvedimenti vincolati, ma non automatizzabili: A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 265.

⁹⁷ N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 320.

⁹⁸ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1263; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 317; U. STELKENS, *sub § 35a, cit.*, ann. marg. 46. Esempi ulteriori in H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 306. Sulle possibili applicazioni dell'automazione anche in ipotesi diverse dall'esercizio del potere provvedimentoale, v. M. GROß, A. KRELLMANN, M. HAGEN ET AL., *Digitale Verwaltung - Anwendungsbereiche der Digitalisierung*, in H. Lühr, R. Jabkowski, S. Smentek (a cura di), *Handbuch Digitale Verwaltung*, Wiesbaden, KSV, 2019, 253 ss.

⁹⁹ Una somma fissa mensile erogata per ogni figlio a chi sia fiscalmente residente in Germania, disciplinata dalla *Bundeskindergeldgesetz* (BKGG) del 11 ottobre 1995 (BGBl. 1995, I, 3177).

¹⁰⁰ È opportuno ricordare che la Germania non ha adottato le autocertificazioni, diversamente dall'Italia che lo ha fatto, com'è noto con il DPR 28.12.2000 n. 445 (G.U. 20.2.2001, n. 42) e la l. 12.11.2011, n. 183 (G.U. 14.11.2011, n. 265).

parcheggio per residenti¹⁰¹.

11. Problemi: la trasparenza e il rispetto dei diritti fondamentali nei provvedimenti completamente automatizzati.

Al di là dei problemi interpretativi brevemente illustrati, l'istituto previsto dal § 35a *VwVfG* solleva problemi riconducibili alla scienza dell'Amministrazione, oltre che al rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti.

Anzitutto è stato ipotizzato un aumento esponenziale dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali, che neutralizzerebbe i vantaggi in termini di efficienza e risparmio delle risorse¹⁰².

Rilevanti sono poi le tensioni tra le esigenze di trasparenza dell'agire amministrativo e le difficoltà tecniche legate alla piena tracciabilità e ostensibilità dei passaggi del programma e alla loro traduzione in termini non informatici, senza dimenticare i conseguenti problemi legati alle aumentate possibilità di eludere l'algoritmo, offerte dalla trasparenza sul suo funzionamento¹⁰³.

La dottrina tedesca si interroga sulla natura dell'algoritmo, individuandola nella circolare

¹⁰¹ Ad esempio in materia di controlli sui dispositivi elettronici ammessi al commercio previsti dal *Elektro- und Elektronikgerätegesetz* del 20 ottobre 2015 (BGBl 2015, I, 1739). Su questo punto H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1274.

¹⁰² M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 356.

¹⁰³ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 10; A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 269. Per questo motivo la disciplina tributaria consente una deroga all'obbligo di trasparenza § 88, co. 5, IV periodo, AO.

Sulla necessità di un ripensamento del principio di trasparenza nel nuovo panorama digitale, v. M. COZZIO, *Changes in the legal sphere: rethinking transparency*, in *IJPL*, 2, 2019, 624 ss. V., inoltre, N. DIAKOPOULOS, *Accountability in algorithmic decision making*, in *Communications of the ACM*, 59, 2016, 56-62; M. ANANNY, K. CRAWFORD, *Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability*, in *New Media & Society*, 2016 (rist. 2018), 973-989; L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm: Why a Right to an Explanation Is Probably Not the Remedy You Are Looking for*, in *Duke Law & Technology Review*, 16, 2017, 18 ss.; D.R. DESAI, *Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 31, 2017, 1 ss.; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation*, in *International Data Privacy Law*, 7, 2017, 76 ss.; R. BINNS, *Algorithmic Accountability and Public Reason*, in *Philosophy & Technology*, 31, 2018, 543 ss.; K. FINK, *Opening the government's black boxes: freedom of information and algorithmic accountability*, in *Information, Communication & Society*, 21, 2018, 1453 ss.; S. DESMOULIN-CANSELIER, D. LE MÉTAYER, *Algorithmic Decision Systems in the Health and Justice Sectors: Certification and Explanations for Algorithms in European and French Law*, in *European Journal of Law and Technology*, 9, 2019, 46 ss.

(*Verwaltungsvorschrift*)¹⁰⁴, intesa come norma interna di autolimita della pubblica Amministrazione. Questa qualificazione ne impone la pubblicità, obbligo che ancora una volta conduce alla tracciabilità dei passaggi decisionali garantita da algoritmi deterministici¹⁰⁵ e non da quelli di AI¹⁰⁶.

Inoltre, le esigenze di trasparenza amministrativa devono essere conciliate con il segreto commerciale e industriale del produttore del *software*, che in Germania è stato recentemente ridisciplinato nel 2019¹⁰⁷, e che rendono complessa la fornitura di questi programmi da parte di privati.

Possono infine essere ricordati i rischi di discriminazione. I provvedimenti vincolati e gli algoritmi deterministici in sé non sono discriminatori se tali non sono le istruzioni di partenza, ma possono introdurre condotte discriminatorie nella PA. Si pensi ad esempio al fatto che in sede di verifica o di controllo emerga che in un determinato gruppo etnico, sociale o religioso sono più frequenti irregolarità: il sistema indurrebbe a orientare i controlli frequentemente verso alcuni soggetti secondo un criterio potenzialmente discriminatorio¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Diffusamente sul punto e in senso critico A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 269, nota 202; la critica è condivisa da E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 81, secondo i quali la riconduzione dell'algoritmo alle circolari non è soddisfacente e chiude in maniera semplicistica («bagatellisiert») la questione della intelligibilità del sistema di decisione e dell'effettivo esercizio del diritto di accesso e di difesa. V. inoltre R-M. POLOMSKI, *Der automatisierte Verwaltungsakt. Die Verwaltung an der Schwelle von der Automation zur Informations- und Kommunikationstechnik*, Berlin, Duncker&Humblot, 1993, 219; H-P. BULL, *Der »vollständig automatisiert erlassene« Verwaltungsakt – Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einbegung von »E-Governments«*, in *DVBt* 2017, 412; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35 a VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 357.

¹⁰⁵ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 277. In generale sul tema v. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic governance*, in *Administrative Law Review*, vol. 71, 2019, 1 ss.

¹⁰⁶ S. ARMSTRONG, K. SOTALA, S. S. O'H EIGEARTAIGH, *The errors, insights and lessons of famous AI predictions – and what they mean for the future*, in *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, 26(3), 2014, 317 ss.; J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 3(1), 2016, 1 ss.; sull'opacità della decisione algoritmica v. anche R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D-U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, 144 s.

¹⁰⁷ *Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen* del 18 aprile 2019, in *BGBI*, 2019, I, 466 ss.

¹⁰⁸ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 9 s. V. anche le riflessioni di A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 246 nota 52, a proposito del *software* di *predictive policing* in uso presso la polizia tedesca per monitorare e prevenire i furti nelle abitazioni. In generale sul tema E. BOZDAG, *Bias in algorithmic filtering and personalization*, in *Ethics and Information Technology*, n. 15, 2013, 209 ss.; H. STEEGE, *Algorithmbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz. Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete*, in *MultiMedia und Recht*, 2019, 715 ss.; con riferimento all'ordinamento italiano M.B. ARMIENTO, *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Dir. Amm.*, 4/2020, 983 ss.

12. Provvedimento automatizzato e garanzie procedimentali.

In considerazione dei problemi legati ai possibili effetti distorsivi o anche solo di irrigidimento dovuti alla decisione amministrativa automatizzata è importante indagare se l'automazione offra meno garanzie procedurali: perché ad esempio consente di derogare a quelle previste o perché non sono stati apprestati i correttivi necessari perché esse siano efficaci¹⁰⁹. La dottrina, infatti, non solo afferma la prevalenza dei diritti procedimentali (*Verfahrensrechte*) sulle esigenze di automazione espresse dall'ordinamento¹¹⁰ ma sottolinea il ruolo del procedimento per assicurare che i benefici della digitalizzazione non siano colti sacrificando scapito esigenze che i principi democratici, costituzionali e dello stato sociale affidano alla Pubblica Amministrazione¹¹¹.

La legge sul procedimento conteneva diverse norme di garanzia applicabili anche ai procedimenti parzialmente automatizzati, che sono state estese senza adattamenti al § 35a *VwVfG* o ad esso adeguate. Quest'ultimo è il caso del ricordato principio inquisitorio (§ 24 *VwVfG*) con l'aggiunta della possibilità di un momento valutativo umano nell'istruttoria del provvedimento completamente automatizzato quando richiesto dal caso di specie o dalle allegazioni delle parti.

Il § 28, co., 2, n. 4, *VwVfG* prevede invece la possibilità di prescindere dall'audizione degli interessati per l'emanazione di «*provvedimenti amministrativi generali o provvedimenti equivalenti emanati in elevato numero o parzialmente automatizzati*»¹¹². La dottrina ritiene che questa dispensa non valga per i procedimenti totalmente automatizzati, nei quali anzi il momento di eventuale partecipazione va particolarmente garantito, come risulta dal combinato disposto con il § 24 *VwVfG*¹¹³ e come già in

¹⁰⁹ C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Procedimento e procedimenti amministrativi pienamente digitalizzati*, cit., § III.

¹¹⁰ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 272.

¹¹¹ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 78 e 80.

¹¹² Alcuni parte della dottrina però ritiene che la disposizione si applichi solo ai procedimenti parzialmente automatizzati e che invece nel caso di provvedimenti completamente automatizzati l'audizione assuma un ruolo determinante.

¹¹³ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1264; N. BRAUN BINDER, *Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale – Anmerkungen zu den §§ 24 Abs. 1 Satz 3, 35 a und 41 Abs. 2 a VwVfG*, in *DÖV*, n. 21, 2016, 891 ss. e in part. p. 895; A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 273.

precedenza stabilito in relazione ai procedimenti parzialmente automatizzati e all'acquisizione elettronica di informazioni ed osservazioni, via mail o con maschere appositamente predisposte¹¹⁴.

Può essere poi ricordato il § 39, co. 2, n. 3, *VwVfG* che esclude i provvedimenti parzialmente automatizzati dall'obbligo di motivazione, riducendo però la portata della deroga secondo le circostanze del singolo caso¹¹⁵. La disposizione viene ricondotta allo stato della tecnologia nel momento della sua introduzione (1976), quando l'emanazione automatizzata di documenti era circoscritta a passaggi e contenuti che oggi paiono rudimentali e soggetta pertanto a molti limiti. La dottrina ritiene pertanto che la deroga non debba essere applicabile agli atti totalmente automatizzati¹¹⁶ e che anzi, in relazione a questi atti debba configurarsi un onere ulteriore, inerente alla intelligibilità della motivazione anche se essa sia espressa in termini algoritmici¹¹⁷.

Resta infine invariata la stringata disciplina dell'accesso agli atti (§ 29 *VwVfG*)¹¹⁸, che andrebbe adeguata non solo in relazione alle modalità di presa visione degli atti ma anche in relazione alla necessità di rendere comprensibili i programmi e i passaggi decisionali ostensibili¹¹⁹.

Se da un lato le norme in materia di garanzie procedurali del procedimento completamente automatizzato non sono state particolarmente sviluppate dal legislatore, di può ritenere che il compito di adeguamento sia in parte trasferito alle norme speciali cui il § 35a *VwVfG* rinvia per l'introduzione delle ipotesi concrete di provvedimenti robotici; in parte l'esigenza sia soddisfatta senza intervenire direttamente sul testo della legge generale sul procedimento ma in

¹¹⁴ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 81 e gli Autori *ivi* citati alla nota 359.

¹¹⁵ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 12.

¹¹⁶ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 274; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 50.

¹¹⁷ D. ROTH-ISIGKEIT, *Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts*, in *DÖV*, 2020, 1219.

¹¹⁸ Ai sensi di questa disposizione l'autorità amministrativa deve consentire l'accesso dei documenti del procedimento quando questo sia necessario per agire o resistere a tutela di un interesse giuridicamente rilevante (co. 1). L'accesso non è garantito quando impedisca il regolare svolgimento delle funzioni dell'Amministrazione, la conoscenza degli atti avrebbe effetti dannosi per l'Amministrazione federale o dei *Länder*, e quando vi siano motivi di segreto (co. 2). L'accesso avviene di regola presso la pubblica Amministrazione che conserva gli atti e in ipotesi particolari può essere consentito presso altre sedi (co. 3).

¹¹⁹ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 274; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 322.

forza del coordinamento con la legge federale sull'e-government (*E-Government-Gesetz - EGovG*)¹²⁰. Tale disciplina, infatti, impone alla pubblica Amministrazione una serie di obblighi anche in materia di atti e comunicazioni elettroniche, che integrano le disposizioni generali del *VwVfG*, prevalendo in caso di contrasto¹²¹.

13. Effetti dell'amministrazione robotica sulla normazione. Riflessioni conclusive.

La rivoluzione tecnologica che investe tutti gli ambiti della società sta trasformando profondamente anche gli apparati pubblici e richiede una evoluzione degli strumenti giuridici¹²². Accanto agli evidenti vantaggi del progresso in corso e sebbene si sia lontani da una dittatura della tecnica¹²³, le implicazioni dei problemi trattati in termini di potenziale abbassamento delle garanzie offerte dal procedimento sono reali. La freschezza della riforma e la prudenza della legislazione di settore nell'introdurre ipotesi di decisione robotica non consentono ancora di individuare orientamenti giurisprudenziali significativi¹²⁴. In sede consultiva la giurisprudenza si è concentrata sugli aspetti legati alla completezza del provvedimento e degli atti dell'istruttoria e al principio di trasparenza, funzionali a consentire di distinguere i passaggi e i meccanismi decisori¹²⁵ concordando con gli interpreti sulla necessaria permanenza del momento procedimentale come di un elemento di importante garanzia anche e proprio nel caso di provvedimenti completamente automatizzati.

Le possibilità che derivano da un sempre maggiore impiego della digitalizzazione e di tutti gli strumenti di ICT nell'amministrazione e il favore che questo sviluppo gode a livello di politiche

¹²⁰ *Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz – EGovG)* del 25 luglio 2013, in *BGBI* 2013, I, 2749 ss.

¹²¹ Su questi aspetti, diffusamente, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Procedimento e procedimenti amministrativi pienamente digitalizzati*, cit.

¹²² Rilevano D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, n. 3/2019, 3, che la PA si trova nella quarta fase della rivoluzione tecnologica, caratterizzata da un alto grado di automazione e interconnessione.

¹²³ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1273. In tema anche S. HASSAN, P. DE FILIPPI, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in *Field Actions Science Reports*, 17/2017, 89 s.

¹²⁴ V. le decisioni cit. *supra*, nota 22.

¹²⁵ Così la relazione del gruppo di lavoro composto dai presidenti dei tribunali amministrativi superiori federali e dei *Länder*, *supra* nota 36.

nazionali ed europee¹²⁶ non esimono dalla necessità di vigilare su tutti i possibili effetti di tale «*evoluzione monumentale*»¹²⁷.

In questo contesto gli studiosi tedeschi invitano a una riflessione particolarmente approfondita sugli effetti che la digitalizzazione amministrativa comporta sulle tecniche di normazione e di redazione degli atti legislativi. La necessità di formulare le disposizioni normative per la totale automazione dei provvedimenti utilizzando formule tecniche precise e omogenee può senz'altro comportare un effetto virtuoso¹²⁸, costringendo alla redazione di istruzioni semplici e chiare, che riducano i dubbi interpretativi e costituiscano una guida semplice per la soluzione delle eventuali antinomie normative¹²⁹. Tale sviluppo potrebbe comportare un miglioramento della tecnica legislativa in generale, e l'osservatore italiano è particolarmente sensibile a questo elemento, soprattutto se il principio di legalità venisse interpretato come esigenza di una ampia disciplina di rango primario. Questa esigenza potrebbe anche condurre, però, a un irrigidimento e a un impoverimento della normazione senza garantire che al dettaglio e al tecnicismo delle disposizioni corrispondano norme univoche. Si è parlato, in proposito, di una sorta di neopositivismo digitale¹³⁰, che sopravvaluta la precisione delle istruzioni normative al programma e trascura gli spazi residui di interpretazione e decisione divergente¹³¹. Il computer come bocca della legge è probabilmente solo un'illusione neoilluminista¹³².

D'altro canto la digitalizzazione può incidere anche sotto un altro punto di vista sul potere legislativo potenzialmente orientandolo «*verso le (im)possibilità create dalla tecnologia privata*» anziché

¹²⁶ V. ad es. il pacchetto europeo composto dal Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 e dal Piano per la ripresa-Next generation EU (consultabili al sito https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it), assieme ai connessi piani nazionali, che individuano nella digitalizzazione uno dei pilastri principali per lo sviluppo.

¹²⁷ L'espressione è di D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 3.

¹²⁸ Sul punto già L. REISINIGER, *Sistemi normativi e tavole di decisione*, in *Inf. dir.*, 1979, n. 1, 139 ss.

¹²⁹ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1264; A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 264; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 309.

¹³⁰ W. HOFFMANN-RIEM, *Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht*, in *AöR*, 142 (2017), 17.

¹³¹ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 83.

¹³² «*Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*»: *De l'esprit des lois*, II ed., Geneve, Barillot, 1749, 160.

verso le esigenze sostanziali dell'ordinamento¹³³ individuate dagli organi rappresentativi e democratici. O ancora, in un'ottica estrema, nell'intento di giungere a una maggiore precisione e rispondenza della norma giuridica alle esigenze del caso concreto, a fronte della standardizzazione dell'istruttoria ma sulla scorta dell'elevata mole di dati raccolti, potrebbe essere favorita una sorta di profilazione dei soggetti del diritto da parte dello stesso legislatore e di parcellizzazione¹³⁴ delle fattispecie, spostando l'asse di equilibrio tra i poteri¹³⁵. Se quindi è indubbio che l'amministrazione si trovi nel mezzo di un profondo cambiamento, inarrestabile e nel complesso positivo, è bene ricordare che le scelte in atto, che incidono sul rapporto tra Amministrazione e cittadino, non sono scelte neutre e si riverberano sull'intero ordinamento.

¹³³ Così E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 71. Su questa linea, v. già G. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, cit., ann. marg. 64 s., 447 s.; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 309 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

¹³⁴ Il termine utilizzato dalla dottrina tedesca è «*Granularisierung*»: v. ad es. S. HAUNSS, L. ULBRICHT, *Staatliche Regulierung durch Big Data und Algorithmen*, in T. Klenk, F. Nullmeier, G. Wewer (a cura di), *Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung*, Wiesbaden, Springer, 2020, 47.

¹³⁵ V. le considerazioni di E. REIMER, *Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung*, in J. Hey (a cura di), *Digitalisierung im Steuerrecht*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019, 97 ss.